

# 共同所有理論と団体法思想

高 島 平 蔵

## 一 序 論

戦後、共同所有論は大きな変化を経験した。さして疑いを抱かれることのなかったそれまでの体系は、きびしい批判の対象とされ、そこで支配的な役割を演じていたドイツ団体法思想も、これを支える歴史的事実の認識とともに、その基礎をゆるがされることになった。それゆえここにあらわれた変化は、単なる解釈の修正というよりも、まさしく、さまざまな構成をみちびく価値体系の「転換」とよぶにふさわしい様相を呈したのである。しかし同時に、このような大幅な転換にもかかわらず、実際上の規範定立については、それほど顕著な変化が生じたわけではなく、むしろ、共通の解釈上の結論にいたる思考のプロセスの差異こそが、問題の中心としてうかがいあがった。そしてこれらの点に、戦後共同所有論の展開の、いちじるしい特徴が示されていたのである。

共同所有の構成は、現在にいたるまで、三つの段階を経て展開してきたといえることができる。

第一期は、民法典の編纂による共同所有関係の立法的規制が確立された段階である。民法典は、共同所有を、一律に「共有」として処理する態度をとった。これは一般に、近代民法を貫く基本思想、すなわち個人の団体からの解放、団体の個人関係への解体として、いわゆるローマ法的、個人主義的法思想の具体的な顕現として把握され、特徴づけられてきた。

これに対して、第二期において、このような民法典の態度は、団体重視の立場から、きびしい批判を受ける。団体法思想の高揚にもなつて、より団体的な共同所有の形態として、法典中に規定を欠いた、合有や総有の觀念が民法のうちに導入され、とくに総有に対して、特別な価値が付与されるなど、活発な、包括的な体系構築がおこなわれた。

こうして共同所有論は、第三期を迎える。

最初に指摘した戦後の変化がこれである。この段階では、さきにものべたように、団体法思想やその基礎となつた歴史的認識に対して批判が加えられてくるし、団体性の重視という価値評価に支えられた共同所有諸形態の系列化への疑問が提示されるなど、第二期における共同所有論の体系は、その各部分について深刻な打撃をうけることになった。

だが、われわれがその渦中におかれている第三期の共同所有論は、なお体系化を完結させているわけではない。われわれには、なすべき多くのことが残されている。そして、現在の共同所有論の課題に立ちむかうことは、そのま

ま、第一期から第三期までの展開の意味を、全体として究明することにつながるであろう。

第三期共同所有論の体系を完結させるために当面する問題には、さまざまなものがあるが、ここではとりあえず、つぎのことを考える必要がある。

本来、第一期から第二期への移行は、平面的な解釈上の修正、変化にとどまることなく、民法制度全体にわたる価値体系の転換を意味していた。この転換は、団体法思想にみちびかれ、意識的、自覚的に推進された。

第二期の共同所有論の右のような特徴を考えると、第三期にあらわれる理論は、この価値体系に代わるべきあらたな価値体系をもち、団体法思想に挑む別個の法思想によって推進されるはずであり、そうだとすれば、第二期の理論にもまして強力な転換のエネルギーを示すはずであった。ところが、不思議なことに、ここでの諸理論は、個別的、散発的で、相互の結びつきを欠いているかにみえ、全体としての価値体系転換の様相に乏しく、冷静で、技術的であり、また、とくになんらかの法思想によって鼓舞されいるともおもえない。

それゆえ、これら諸理論を整理し、第三期理論として体系化する作業―それは現在の避けられぬ課題である―をすすめるためには、まずこのような事実のもつ意味を探ることが必要となる。すなわち、諸理論相互の関連を求め、統一的な体系を構想し、これら諸理論をそのうちに位置づけることをとおして、右に指摘した現象のもつ意味を究明することが必要だといわねばならない。

筆者は、すでに発表した小論のなかで、共同所有論の展開の過程とその意味を、学史的観点から探求するための大ざっぱな見取り図を描くことをこころみた。そこでは、展開の方向を、ひとまず理念的、思想的なものから、実質

的、技術的（とくに取引規制的）なもののへという図式でとらえようとした。<sup>(1)</sup>そこでここらみた構想は、なお基本的には修正の必要がないと考えているが、本稿では、さらに、前述のような問題関心により、あらたな研究成果などを参照しながら、もう少し立ちいった考察をおこなってみたいとおもう。

（1）拙稿「共同所有理論の再構成について」早稲田法学五七卷三号二一頁以下。

## 二 団体法的共同所有論の性格と構造

### 1 問題の概観

第三期における共同所有論の統一的なイメージを描き、その意味するところをあきらかにするためには、ここにあらわれた諸理論を孤立的に対象とすることは充分でない。第二期の理論とのつながりの解明が必要である。むしろ、第二期理論それじたいのうちに、そのための手がかりを求めるべきだとおもわれる。それゆえ、以下において、この段階の理論の性格と構造を考えながら、それと第三期の諸理論とのつながりの糸を、少しづつ解きほぐしていくことにしたい。

この作業は、第一に、第二期の理論を、その基礎をなす歴史法学的、団体法的思想との関連において考えながら、構造上の特徴について検討し、第二に、これを基礎とし、これとの関連において、第三期諸理論の相互関係の発見と位置づけをこころみるという順序でおこなわれることになる。

## 2 団体法思想と規範定立

さきに、第二期理論という観念を用いたが、これについては、多少補足しておかなければならない。第二期の共同所有論といっても、論者によって、その内容は同一でない。しかしここでは、民法典の共同所有構成の批判のうえに、団体性を意識した合有や総有の観念をうけいれ、ドイツ団体法思想の構想する方向に同調するような構成を推進するところにこの期の特徴をとらえ、この方向を示す諸説を第二期理論として総括したのである。

さて、この第二期理論の体系は、ドイツの歴史法学、とくにゲルマニステンたるギールケの法思想の強い影響のもとにおかれ、歴史的事実としての団体への特別な価値評価にもとづく団体法思想を基礎とし、これに依拠した、ローマ法的、個人主義的規制方法への反発、批判を出発点とする。

この理論は、こうして、民法のなかに、ドイツ的法観念をモデルとして、団体的共同所有たる合有や総有の観念を導入し、共有のほかに、これと性格を異にする共同所有形態を承認する。そしてこのような観念の承認じたい、民法の運用における団体重視の方向を推進し、団体法思想を実現する作業たる意味を担っていた。

そこで、共有・合有・総有は、単なる形態の差異ではなく、団体重視に應ずる価値評価と結合し、価値の大小に対応するものとして、質的な差異をもち、ランクづけされることになる。

こうして、独自の価値体系によって評価された共同所有の諸形態のうち、共有は、個人主義的、ローマ法的な、団体の実情に即応しない技術的な制度としての性格により、自ずから、その価値評価は低いものとなる。<sup>(2)</sup>これとは逆に、総有は、構成員がそのまま団体を形成し、団体と構成員との対立がなく、各構成員が持分によって孤立すること

がない等の点において、のぞましい団体のあるべき姿に應ずる所有形態として高い評価をうけ、所有権制度の将来の方向が、この総有のうちに求められることにさえるのである。<sup>(3)</sup>

共同所有形態に対するこのような価値評価は、必ずしも意識的に表示されているとはいえないが、自覚の有無にかかわらず、団体法思想に連結して自ずから形成された価値の体系こそ、この期の共同所有論の構成にとって、きわめて重要な意義をもったことを否定しえないであらう。

さて、このような構造をもった第二期理論と、これに対立する第三期の諸理論との関係が問題となる。両者は、たしかに対立の様相を呈するが、同時に、これらを単なる対立関係として把握するのでは、第三期諸理論の理解として不充分であり、まず両者の連続性の面を吟味する必要がある。

この場合、最初にとりあげられなければならないのは、第二期理論の体系において、これを特徴づける団体法思想の果たした役割である。この点を考えることは、第三期諸理論が、格別、第二期理論に代わるべき価値体系をうちだしていないという特徴を探るためのひとつの手がかりにもなるとおもわれるからである。そしてこの問題を考えるためには、ドイツ団体法思想の基礎となった歴史的事実の崩壊や、この思想そのものに対する批判が、第二期理論、第三期諸理論の双方においてもった意味を考えてみるのが適切であらう。

ゲルマニステンによるドイツ団体法論の事実的基礎をなす歴史認識に対しては、すでに歴史学の領域において批判が加えられてきたが、現在では、このような団体法論の事実的基礎の崩壊は、もはや決定的なものになっているといつてよい。さらに、団体法思想のゲルマン・イデオロギーの形成としての役割さえも、明白に承認されるにいたり、

これに対するきびしい批判が一般化しているのが実情である。<sup>(4)</sup>問題は、このことが、第二期から第三期への共同所有論の転換においてもった意味である。

本来、団体法思想や、それに立脚する共同所有論にとって、その支えとなり、出発点ともなった歴史的事実の崩壊は、第二期理論に対して致命的なダメージを与え、同時に第三期諸理論の根拠として、きわめて重要な意義をもつはずであった。ところが、それにもかかわらず、この事実そのものは、第二期理論に対してそれほど深刻な影響をおよぼさなかったし、またこのことは、第三期諸理論の統一的な出発点として機能したわけでもなかった。そして、このような認識上の変化が、共同所有理論に直接の影響を与えていないところにこそ、第二期理論の特徴と、第三期理論への転換のもった性格とがうかがいあがるのである。

右の事情は、第二期共同所有理論が、解釈の世界で、規範定立作業としておこなったところをふりかえることによつて、説明可能となるであろう。

第二期の理論が、規範定立として実現したところ、つまり解釈学上の作業をふりかえると、それらは、たしかに独自の価値体系を基礎としてはいるが、どうしてもこのような価値体系に結びつかなければ実現できなかったものといえない。それらのうちには、現実の規範定立というよりも、すでに与えられた法規制の説明にとどまるものもあつたし（たとえば、組合の場合の共同所有の、合有としての構成）、いづれにしても現実の技術的要請から実現しなければならぬもの（たとえば入会権の構成や規制）もあつた。それゆえ、歴史学そのものとは異なり、法解釈学において、事実的基礎に立脚する価値体系の動揺は、ただちに解釈上の結論の否定を意味するわけではなかったのであ

る。そしてこのことは、いまのべたように、独自の価値体系をはなれても、技術的な要請から同様の規範定立が必要とされ、また可能であるような場合に、いっそう明白に承認される。さらに、価値体系そのものが、解釈学上の結論のための根拠づけとしての性格を濃厚にもっていた場合、この現象は決定的となる。こうして、団体法的な価値体系の強調によって構築された構成は、同時に、それと並んで、同様の解釈的処理をみちびく別個の隠された体系の併存を可能にすることになる。

第二期共同所有理論は、まさしくこのような状態を生じさせていた。その価値体系の基礎をなす歴史的事実の崩壊が、第二期理論においても、また第三期理論にとっても、重要な役割を演じなかったことは、右の事実から了解できるであろう。

このようにみてくると、第二期理論のもとで、独自に成立する可能性をもった別個の体系の性格は、実はそのまま第三期諸理論によって受容されており、この期の理論の共通の特徴をなしていることがみとめられる。そうすると、第二期から第三期への転換は、むしろ、第二期理論のうちに隠されていたものの顕在化、そのとりだしという性質をもったことになる。

この種の現象は、共同所有論の展開に特有なものではない。たとえば、法人論においても、同様の現象がみとめられるのである。

法人論は、いうまでもなく、ドイツ団体法論において、共同所有と不可分に結合した問題であった。しかし、ギールケの名ときりはなすことのできない法人实在説は、共同所有論の場合とよく似た運命をたどっている。法人实在説



は歴史的事実の認識にむすびつき、ローマ法的法人規制に対立する理念的な体系をなしていた。だが、この見解がみちびいた解釈上の結論は、法人を技術的存在として把握し、實在説的価値体系をはなれた理論によっても同様に到達しうるべきことがあきらかにされ、實在説は、このような見解によってとって代わられてきている。<sup>(5)</sup> 団体の實在とは別個に、技術的な関係の処理の必要性のうちに法人の本質を求める、サヴィニー的擬制説の再評価も、この方向を示すものであった。<sup>(6)</sup> ここでも、団体法的法人論は、理念的なものと技術的なものとの対立を際立たせ、説明的、根拠づけ的な機能を露呈したのであった。

なお、これに類似する事情は、団体現象の認識を出発点として形成された合同行為の觀念が、現在その必要性を疑われ、契約理論による同様の結論を許し、かえって法概念としての不明確性をさえ指摘されているところにも、みいだすことができる。<sup>(7)</sup>

右にみてきたような、法思想的な基本方向と現實の規範定立との間の一種の不整合は、必ずしも特殊な現象ではなく、遡れば第二期理論の源流ともいふべき歴史法学の当面した問題にもつながるものであった。<sup>(8)</sup>

サヴィニーによって構想された、民族的法意識に結合するドグマティックの形成の理想は、結局、ローマ法的体系の樹立によって裏切られるという運命を免れなかった。それはおそらく、事實的、非合理的なものと、合理的な技術学としての解釈学との間のくいちがいを誇張して示した現象ではなかったか。そしてこの苦悩は、ゲルマニステンにとってもまた、避けられぬ運命であったとおもわれる。

第二期理論の体系においても、団体制制の認識と、これにもとづく共同所有ののぞましい方向への解釈的努力がお

こなわれていたが、この努力は、両者が矛盾なく結びつくことに對する確信に支えられていたといつてよい。しかし、それにもかかわらず、現実の技術的要請にもとづく解釈作業は、固有の法則によつていつしか独走をはじめており、団体法思想との結びつきへの期待を裏切つて、ひそかにそれじたいの独自の、しかし隠された体系をつくりだしていったのである。

団体法思想に支えられた共同所有論のもとでの、もうひとつの技術的体系の成立、第三期諸理論によるその発見という現象は、このようにして可能となつた。

- (2) ギールケは、ローマ法的共同所有規制を、非ドイツ的、非民族的、反社会的なものと難するが、この非難は、まさしく共有にあてはまるものである。Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*. 1889. S. 351. なお、平野義太郎・民法におけるローマ思想とゲルマン思想一〇八頁以下からも、同様の共有に對する低い価値評価がよみとれる。

- (3) 石田文次郎・土地総有権史論（とくに六二四頁以下）。奈良正路・入会権論二四四頁、二四五頁も、入会権につき、将来の所有制度のあるべき姿をもとめている。

- (4) 村上淳一・ゲルマン法史における自由と誠実（とくに二六六頁以下）、世良晃志郎・歴史学方法論の諸問題一七三頁以下。ドイツのロマン主義の法的発現とその特徴、ナチズムとの関連等につき、恒藤武二・法思想史四一〇頁、四一一頁。

- (5) 拙著・民法総論(上)五一頁以下、同・民法総則（法学基本問題双書3）七一頁以下。

- (6) 川島武宜・民法総則九二頁以下。

- (7) 現在、社団法人設立行為を契約として構成する見解が多くなっているのは、このことを示す現象である。たとえば、川島・前掲書二四六頁、土生滋穂・組合の法理五六頁、福地俊雄・注釈民法(初)二六頁、二七頁など。合同行為觀念に對する批判について、拙著・民法総則（前掲）一二五頁以下。

(8) ドイツにおけるヴィッセンシャフトとしての法学と実用的技術としての法ドグマティクの分裂の現象につき、河野倫逸・ドイツ市民法思想と法理論五頁以下。

### 三 団体法的共同所有論の転換

#### 1 第三期共同所有論の課題

以上みてきたところから、つぎのことがあきらかになるであろう。

第二期理論を支配したかにみえる団体法思想とその価値体系は、技術的な共同所有規制に結びつき、それ特有の実際的処理をみちびいたわけではなかった。<sup>(9)</sup> かえってそこには、理念的なものと技術的なものとの間にくいちがいさえも生じていた。それゆえ、共同所有規制の現実の姿を率直に認識して、技術的処理を推進していくためには、このくいちがいをあかるみにだしてみることが必要であった。団体法思想の基礎となった歴史的事実に対する疑いや、この思想のゲルマン・イデオロギーとしての性格の承認や、共同所有を直接の媒体として所有制度の改革を構想することの非現実性の指摘などは、それゆえ、実は、第二期理論がおこなった規範定立をくつがえす働きをもったわけではなく、思想的なものと技術的なものとの間のずれを露呈させ、自覚させるといふ役割を果たしたのである。

第三期諸理論が、あらたな統一的价值体系によって貫かれていないという特徴は、このことから了解されるであろう。ここにあらわれた諸理論は、たしかに、右のくいちがいを発見し、あかるみにひきだすことを中心的な課題としており、そのためには、別段、直接団体法思想にたちむかうことを必要としなかったのである。

それでは、このような役割を担った第三期の諸理論は、共同所有論のうち、とくに、なにを問題にしなければならなかったのだろうか。

第二期理論の体系の目的は、さきにも述べたように、各共同所有形態に質的差異をみとめ、異なった価値評価を与えるというような作業をとおして、共同所有を媒介とする団体法思想の実現をはかるところにあった。この場合、共同所有形態は、現実の団体の性格に対応するものであったから、自ずから、明確、画一的な観念として機能しなければならなかった。つまり、共同所有諸形態の異質性、各共同所有観念の画一性が、第二期理論の体系の基礎をなしていたのである。

ところが、このような価値体系のベールをとりのぞき、実際におこなわれた規範定立を露呈させるとき、そこには理念的なものとの間の差異がうかがいあがり、また、どのようにしてこの差異が隠されていたかという事情もあきらかにされることになるだろう。

第三期の諸理論を貫く共通の要素は、このような作業を遂行することだったといつてよい。そこでつぎに、共同所有諸形態の異質性の理論に対するものとしての、それらの同質性の発見と、各共同所有観念の画一性に対するものとしての、それらの多様性の承認という観点から、これら諸理論を検討し、第三期理論の統一的なイメージをえがくための手がかりを求めてみることにする。

（９）西谷敏教授は、ギールケの団体法論が、労働法の領域において、ジンツハイマーによって承継され、ここでの法的構成に  
とってきわめて重要な意義をもったことを指摘される（西谷「ドイツ集団的労働法思想の展開過程」法律時報六八〇号六九

頁以下)。民法の場合と、とくにその実際の機能について比較することは、将来の課題としたい。

## 2 共同所有諸形態の同質性

まず、第一の問題、すなわち、第三期諸理論によって発見された各共同所有形態の同質性が、第二期理論のもとにおいて、なお事実として存在しえたのはなぜかについて考える。そのために、ここでは、共有・合有・総有のそれぞれを、その団体性や非団体性という観点から比較し、そこに存在した共通性をみいだすことにより、第三期諸理論の意味を求め、それらの位置づけをこころみたいとおもう。

最初に、共有および合有について考えてみる。

共有制度を客観的に観察すると、そこには、従来の理論によっておおい隠されていた団体的所有としての性格がうかがいあがるが、同時に、その団体性が、実在の団体への対応という意味のものでなく、団体規制の合理的、技術的手段たる性質のうちに求められることがあきらかになる。

共有によって実現している法的状態は、けっして、近代民法がみとめた所有権規制の枠内におさまるものではなかった。ただこの事情は、共有の理論的構成によって、発見を困難にさせられていたのである。

共有においては、各共有者に持分権がみとめられ、そのうちに使用・収益・処分<sup>1</sup>の権限のすべてがふくまれているものとされた。そして、共同所有であるがゆえに、この包括的権利が分量的に制約されているにすぎないという構成によって、持分権は、実質上、所有権と異ならないものとされることができた。こうして、共有の場合、単独所有権

との整合性が承認されたのであった。

この整合性の理論は、共同所有論において、きわめて重要な役割を与えられていた。それは単に、典型的な所有権との間の理論的な矛盾を解消するためだけでなく、民法の枠の中で、共同所有関係が単独所有権に転化し、逆に単独所有権が共同所有関係に転化することを可能にするために必要とされる、実際の意味を担う構成でもあった。

しかし、誤解を招きやすいことではあるが、このような整合性の理論は、ただちに、共有者の権利が単独所有権と質的に同一であるという事実を承認させるわけではない。両者が異質のものであることは、ひとつの厳然たる事実として、整合性の理論とは関係なしに、みとめざるをえないのである。

管理のために多数決を必要とし、共有者全員の同意がなければ共有物の変更や処分ができないということは、実質上、単独所有権とは異質の、いわば一種の団体的（多数者共同の）所有ともいうべき独自の権利をつくりだしたものと<sup>(10)</sup>いわねばならない。それゆえ、この多数者が共同目的によって結合していないというようなことは、右の権利の異質性の承認をなら妨げるものではない。また、持分権処分の自由や分割請求の自由も、所有権への接近を示しはするが、これも、団体の開放性や、構成員に対する拘束の弱さという団体の性格によっておきかえることのできるもの<sup>(11)</sup>で、単独所有権との同質性を意味するものではなかった。多数者の共同所有関係が暫定的であったり、共有者の意思で自由に廃止できたりすることは、この意味での共有の団体性を全面的に否定する理由にはならないのである。<sup>(12)</sup>

このことから、共有は、つぎのようにとらえることができるであろう。

まず、共有は、団体関係を非団体的なものに解消する制度ではない。それが一種の団体的規制として機能している

ことも否定できない。しかしまた、共有が、實在する諸団体の内部秩序をそのまま法制度のうちに実現しようとするものでないことも、確認されるべきである。共有は、規律される多数者の団体性の有無、内容のいかんとは別に、主體的、合理的、技術的な観点から、適切な対内的、対外的規制をつくりだそうとした制度である。<sup>(13)</sup>それゆえに共有は、団体に対する特別な価値の付与からきりはなされ、できるだけ一般的に妥当するような共同所有規制の基本型を実現する役割を担わされていたことになる。団体法的な観点からは、団体を無視し、個人的關係に還元するものとして批判されたにもかかわらず、この価値体系のもとにあっても、共有のもった右の役割は、否定されてしまったわけではなかった。

この事情は、さきにも一言したが、法人擬制説のもった役割や性質と、實在説的法人論との關係によく似ている。擬制説に対する批判にもかかわらず、この見解がおこなった、法人の技術的性格の認識は、否定されることがなく、かえって、後になってその意義を再評価されてきたこと、前述のとおりである。

こうして、共有は、たしかに、一種の団体性において、単独所有権とあきらかに異なるが、同時に、それは、団体の實在に直接対応せず、合理的、主體的な技術的处理の手段たる性格をもっていた。そうして、のちに検討するように、他の共同所有形態にも、実はこれと同様の性格がみとめられるのであり、ここに、共有をふくめた各共同所有形態の同質性があらわれることになるのである。

合有については、第二期理論においても、その構成は、少なくとも組合に関するかぎり、説明的なものであり、具體的な規範定立においては、結局、民法の規定と異なったものを創造していなかったことが想起されるべきであら

う。

合有觀念をみとめることの、規範定立としての実際的な意味は、この觀念を組合規定からきりはなし、一般化して、類似の關係の規制（たとえば共同相続や權利能力のない社団の場合）を、民法の規定とは別に創造するところにあったはずだが、その場合の合有は、すでに画一的なものでなく、合有の名のもとに、個々のケースに応じた別個の基準が生みだされ、用いられていたところに問題がある。そしてこの事実を認識し、指摘することが、第三期理論のひとつの重要な課題をなしていた。<sup>(14)</sup>

総有については、やや異なった視点が必要になる。ここでは、入会団体という具体的な存在とその内部秩序が、あらたに承認された総有とよばれる共同所有形態と、きわめて密接に、有機的に結びつき、総有的把握は単に説明的なものでなく、規範定立的機能を果たしていたと考えられるからである。それにもかかわらず、第三期の諸理論は、この総有もまた、他の共同所有形態と同質のものとしてとりあつかわれる可能性をもっていたことをあきらかにしている。つぎにこの点を検討してみよう。

まず第一は、総有構成の問題である。ここでは、従来の総有構成に対し、別個の構成も可能であったかどうか、それによって、従来のものが、団体法的構想にもとづく説明的なもの、つまり「それでなくともよいもの」としての姿を露呈するかどうか、さらに、この別個の構成が共有への接近を示すかどうか、などの問題がとりあげられる。

総有が、他の共同所有形態と質的に異なり、特別に重要な所有権思想を胚胎させることができたのは、団体と構成員の一体性、持分権や分割請求権の否定、近代的所有権にふくまれる諸権能の団体と構成員への分属、基礎となる団



体の団体的結合の強さなどの特徴によるものであった。

これらのうち、団体性の強弱は、むしろ価値評価の問題であり、それは、前述のように、団体の開放性や閉鎖性の問題におきかえられるものであるから、当面、とりあげる必要があるのは、総有構成に関する事項にかざられる。そこで、これについて、さきの諸問題が肯定的に答えられるとすれば、やはり、総有の隠された実体として、他の共同所有形態との同質性がうかがうことになるであろう。

ここで問題となるのは、総有における権利主体を、総有団体の構成員に統一することと、構成員について持分権を承認することの二つである。そしてこの両者は、すでに、川島武宜博士の入会権構成のうちにみとめられている。

博士は、入会権のあらたな構成において、まず、従来、入会権の主体として、入会団体とその構成員の両者が別個にみとめられていたことを批判し、仲間の共同体を構成している構成員こそが入会権の主体であるとされる。そうして、多くの学説が、それ以外に、共同体が団体として有する入会権を概念構成することは、不必要であるのみならず、誤解を生ずるおそれのあることを指摘されるのである。<sup>(15)</sup>

博士はまた、入会権における権利の帰属につき、構成員に、従来のように使用・収益権だけでなく、管理・処分権をもみとめ、ただこのような入会権者の総合的権利は、仲間の共同体という共同関係においてもたれているにすぎないものとされる。それゆえ、この場合、権利の客体が個々の利用者に分割されていないゆえに、一種の持分として概念構成されるべきことを指摘されるのである。<sup>(16)</sup>

この構成が、第三期理論としてもつ意味は、つぎのように理解されるであろう。

さきにものべたように、総有が近代民法のなかで承認されるためには、単独所有権との相互移行の可能性が必要だったが、この可能性は、やはり整合性の理論によって実現されていた。一般に総有の性質とされているものがこれである。総有の特異性をみとめるとしても、このような整合性を確保することは避けられなかった。そこで、特別な価値に結びついた総有団体のイメージと微妙に重ね合わされた特殊な構成がおこなわれる。すなわち、総有においては、近代的所有権とされているものが分裂しており、管理・処分権能は団体に、使用・収益権能は団体の構成員に、それぞれ分属するものとされた。したがって、団体と構成員とが、ともに権利主体としてあらわれることになる。すでにギールケによってこの構成がおこなわれ、わが国でも一般的解釈として定着した。<sup>(17)</sup>

総有は、この構成により、所有権のすべての権能を持分権のうちに包括する共有にくらべ、あきらかに異質のものとして把握された。そして右の構成は、団体と構成員が対立関係にたつことなく、一体をなすという点で、あるべき、のぞましい姿としての価値評価をうけた団体関係を、近代民法のうちに、法理論として可能にすると考えられたのであった。

これに対して川島博士の右の指摘は、まず、このような構成が必要であること、つまり入会権規制にとって、別の構成が可能であったことを露呈させる。そしてここにいる別の構成は、共有の場合と同じく、構成員に、所有権にふくまれるすべての権利を集中させることであった。したがって、権利の分属ではなく、総合的権利の団体的抑制という、これまた共有と同様の構成が前面におしだされることになる。そうすると、単独所有権とよりよく整合するような理論を避けた従来の構成は、理念的にのぞましいとされる団体関係に対応する法的表現を獲得するところに

こそ、その意味をもったという事実があらわれてくるのである。

こうして、この点についての、総有と共有の質的差異も消失する。両者の差異は、包括的な共同所有者各自の権利を抑制する機構としての多数者の集合体をも、権利主体として法の世界のうちにとりいれるか、あるいは法的構成から捨象してしまうかという選択の差異に帰着する。しかも前述のような考え方が成立するとすれば、たとえ前者の方法を選んだとしても、それは所詮、説明の問題にすぎないことになってしまうのである。

また、構成員への権利の集中は、自ずから、総有における持分存在の承認の可能性をみちびくことになる。構成員各自が、包括的な権利をもつとすれば、そこには、共有持分と異ならない法的地位がみとめられてくるからである。川島博士による構成員の持分の承認は、このようにしてもたらされたと考えてよい。そして、この持分権処分の自由等が、共同所有形態の本質的な差異をもたらさないこと前述のとおりであるとすれば、共同所有諸形態の同質性は、ここに明白な姿をとって現前することになるのである。

(10) 山田誠一助教授は、共有に関する立法や解釈を詳細に分析して、共有法の再構成をころみられているが、そのうちで、共有規制のうち、各共有者の権利行使の自由という面が強調されるのに対し、各共有者が有する権能を制約し、牽制する規律に対する関心が低いこと、総有や合有との比較の場合、共有者の権利行使に対する制限の規律があまりとりあげられないことを指摘される(山田「共有者間の法律関係」法学協会雑誌一〇一卷一二号二八頁)。

平野博士も、共有において、共有物の管理が共同行為をもってなされること、共有物の処分に共有者全員の同意を要することをもって、「持分的共有の団体的連繫・身分的拘束が維持されているとみられないわけではない(傍点筆者)」とされる。ただ、それにもかかわらず、「所有権の帰属は依然として非連繫的に持分権者にあるので、持分権者の共有物に対する

単独所有権はすこしも害せられていない」ものとし、ここからして、「一見、共有に団体的連繋・身分的拘束が存するも、共有物の管理について共同方法が採られているというにすぎないので、所有権の本体にはいささかも関係がない」と結論される（平野・前掲書一一五頁）。

しかし、ここでの団体性否定の論拠は、理論的構成そのものに求められており、現実の規制内容としては、単独所有権に對する異質性をみとめざるをえないものというべきであろう。

- (11) 団体とか団体性とかの究明は、それじたいきわめて困難な問題である（これらの問題につき、土生・前掲書等）。第二期理論では、通常の意味での団体性の有無や強弱に共同所有を対応させる。しかし、技術面から共同所有をとりあつかう場合、それは、多数者の支配の規制というところからくる単独所有権の変質の有無、程度を意味することになろう。

- (12) 山田助教教授は、權利行使に對する制約や拘束を、共有の暫定性に結びつけ、それじたい暫定的とする見解と、これを、共有状態を安定し、継続させるための規律として理解する見解との対立を指摘される（山田・前掲論文〈法学協會雜誌一〇二卷一号一一六頁〉）。

- (13) ギールケの法人論は、実在する団体の内部秩序の法的承認を要求するのに對し、サヴィニーのそれは、そのような団体を捨象し、とくに對外關係の技術的規制を重視する（川島・前掲書八八頁―九一頁）。共有規制についてもまた、このような対立する把握が可能であり、どの観点にたつかで、これに對する価値評価を異にすることになるであらう。しかし主体的な規制というとき、この主体者をどうとらえるかの問題が残る。

- (14) 星野英一・民法論集（第一卷）三〇六頁以下。

- (15) 川島武宜・注釈民法(7)五一四頁。奈良正路氏も、すでに、入会権の主体が住民であることを主張されている（奈良・前掲書一二五頁）。

- (16) 川島・同書二六一頁、五一七頁。

- (17) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. 1954. II. S. 333. 石田文次郎・物權法論（全訂改版）四七二頁―四七三頁、舟橋諱一・物權法四四八頁、我妻栄・新訂物權法四二九頁など。

### 3 共同所有観念の多様性

第二期理論の価値体系は、合有観念や総有観念の画一的な把握を前提として構築されていた。これらの観念が、実在する諸団体の性質に対応するものとして理解されていたからである。つまり、各種の共同所有観念は、主体的に選択されるべき合理的、技術的な法規制のための道具ではありえなかった。またそれゆえにこそ、主体的、合理的、技術的な性格を示す共有に対する批判、反発が生まれ、この形態に対して低い価値評価が与えられたのである。

このような把握に対して、第三期諸理論は、合有や総有の観念が、実はそれほど明確なものでなく、技術的な要求に応じて、多様な法基準が、合有や総有の名のもとに用いられ、かなり自由に選択されてきた事実を露呈させる。この事実も、第二期理論のもとにおいても、実際はその理念的要請に反する構成がおこなわれ、理念的な要請と技術的な処理とのくいちがいが生じ、後者が独走している場合があったことを、否定なしに承認させるのである。この事情は、総有についてもやはりみとめられた。

すでに、権利能力のない社団の財産所有関係について、総有と合有のどちらを用いるかの選択がなされたことは、この事情を物語るものである。<sup>(18)</sup>

最近の上谷均講師の研究も、総有観念の多様性の事実を証明するものとして重要な意味をもっている。

上谷講師は、総有観念の学史的な展開を詳細に検討、分析され、入会団体についてのわが国の総有構成が、論者によって同一でなく、その意味内容を異にし、多様性を示しており、それらはギールケの構想した総有の観念とも一致していないことを指摘される。<sup>(19)</sup>

これらのことは、やはり、第二期理論のもとですでにみいだされる共同所有觀念の多様性をあかるとにだしたものであるとして、きわめて興味深い。

また玉田弘毅教授は、総有觀念が適用された入会制度が、すでに近代民法と異質なものでなくなっていることの分析から、総有觀念じたいの変質を指摘されている。教授は、本来の入会制度は、近代民法としてのわが民法典の法体系における共同所有形態とは異質の、別個の制度であり、それは、近代市民法化された限度においてのみ、民法典中に正当な位置を占めることができるが、この場合はすでに、本来的な入会制度から質的転換をとげたもので、もはや総有という特別な法概念を必要としない存在になっているものとされる<sup>(20)</sup>。

玉田教授の指摘は、第三期理論として、二つの意味をもっている。ひとつは、さきにもべたような、第二期理論の理念的な要請と、現実におこなった構成とのくいちがいを露呈させていることである。すなわち、右の指摘によれば、やはり、総有概念の適用が実は不必要であったという事実があるみにだされたわけである。第二は、入会権規制のために用いられた総有觀念が、その異質性を強調されていたにもかかわらず、実際は、他の共同所有形態と同質の、民法典の規制に整合するなんか別個の觀念として機能していた事実が、あきらかにされたことである。それは、総有觀念の不明確性、多様性、他の共同所有觀念との同質性をあらわにさせる。

では、このような共同所有觀念の多様性は、いったいなにを意味するのだろうか。これは、法思想的な価値体系のもとにおいても、なお避けることのできない技術的な要請、いいかえれば、共同所有觀念が、実際は、規制の道具として、主体的、合理的な観点から用いられていたという事実を承認させるものといえよう。この技術的処理に対する

要求は、法人論においても、合同行為論においてもあらわれて、理念的な要素をおしのけ、究極的に自己を貫徹させたところのものであった。そして、さらに遡れば、同様の要求は、歴史法学の支配のもとにあっても、なお進行し、やがてはこの学派の矛盾をあらわにせずにおかなかったものであった。してみると第三期諸理論による第二期理論の転換は、より奥深いところで、歴史法学に対する批判の役割をも、ひそかに担っていたことになる。

(18) 星野・前掲書三〇六頁以下。

(19) 上谷均「共同体的所有の法的構成に関する一考察」民商法雑誌九〇巻二号一九二頁以下、とくに二二六頁以下。

(20) 玉田弘毅「共同所有形態論序説」法律論叢三〇巻四号一二八頁。

## 四 総 括

以上みてきたところから、ひとまず、第三期の共同所有理論を貫くもの、たがいに孤立するかにみえる諸理論を結びつける共通の方向とその意味とをみいだすことができたかとおもう。同時にまた、この検討により、第三期諸理論のもった脱法思想的性格などの特徴の根拠をも、ある程度まで推測しえたといつてよいであろう。

最後に、もう一度、第二期理論の学史的意味をふりかえり、将来を展望して、この小論のしめくりとしたい。

第二期理論は、ドイツ団体法思想の強い影響下にその価値体系を形成したと考えられること、くりかえしのべきたとおりである。だが、このような法思想がもった意味やその機能は、ドイツの場合と同一に論ずることができない。

ドイツの歴史法学、ゲルマン法思想、とくに団体法思想の性格と役割は、いうまでもなく、ドイツ固有の歴史情況に結びついていた。近代化におくれたドイツにおける市民法学の形成、そこから生じたローマ法的ドグマティクの発展、これに抗するゲルマン法の高揚、ローマ法に支えられた資本主義的、個人主義的法制の、ゲルマン法思想による社会法的修正など、これら壮大な、また多様な課題と実践は、ドイツのその時代の要求に、はなれがたく結合したものであった。<sup>(21)</sup>

これに対して、第二期共同所有理論は、団体法思想に依拠し、総有観念を重視してはいたが、それは、わが国の近代法制を確立するためのものでもなく、日本独自の法制を歴史的事実のうちに発見、展開させようとするロマン主義的な性格のものでもなかった。その全体としての特徴は、性急に整備された近代の、市民的法制のもたらす欠陥を、倫理的な、また社会的な観点から修正するところにあった。この場合、これらの欠陥は、近代法の資本主義的、個人主義的な性格のうちにみいだされ、しかもローマ法的な規制を媒体として実現しているという認識から、ドイツ団体法思想に学び、同様に、ゲルマン法的なものによってそれを修正しようと考えたのである。

この場合、第二期理論は、民法の枠内で、団体重視の解釈を手段として用い、共同所有制度を媒介として、一足とびに近代民法の右の体質に修正を加えようとしたことになる。ここで共同所有を構想の舞台としたことは、それが所有制度に関連し、社会的な所有と団体的（総有的）所有のイメージを重ね合わせた事情などによるものであったろう。なかでも、団体所有でありながら法人所有とも異なる総有にその夢を託したことには、それなりの理由があった。



だが、このことだけをとりあげれば、それはむしろきわめて一般的な問題にすぎないし、また、団体法思想導入の直接の契機ともなりがたいものであった。わが国の特徴は、ドイツ的団体法思想や総有観念が、入会権規制を契機としておこなわれたところにもとめられるであろう。そしてこのことが、日本の総有論に、歴史的実在としての団体の基礎を与え、ドイツ団体法思想や総有観念を、類似の形で導入し、これに根拠を与える役割を果たしたのである。

しかし、入会権規制における総有観念の実際の機能は、総有をとおしての近代的所有制度の改革ではなく、民法のうちに承認された入会権という権利を、国家権力に対する関係で保護するところにあった。<sup>(23)</sup>たとえ近代民法の規制に抵触するような構成が与えられたとしても、総有観念は、やはりこのための道具として機能したことに変わりがないのである。ところが、所有制度の社会化の意図もまた、同時にこの総有観念のうちに託されたところに、第二期理論の抱えた問題があった。しかしそれは、やはり、歴史的実在としての団体の展開を基礎として、あるべき所有制度の実現を構想したドイツ団体法論の包含した問題と、本質的には異なっていなかったようにおもわれる。

このようにみると、いずれにしても、共同所有論の将来の展開は、まず、そのうちに存在した右のような問題を明白に意識するところから始めなければならないことが了解されるであろう。そうして、そこで、必ずしも明確でないかたちで融合していた団体法思想から、ひとまず、共同所有論をきりはなし、理念的なものによって隠されていた技術的処理の問題を顕在化させ、この観点から、技術的な面での構成を推進すべきものと考えられる。現に、星野教授も指摘されるように、合有や総有を実際の問題の解決基準として用いようとする場合、なお多くの不明な点が残されているのである。<sup>(23)</sup>筆者が前稿でとりあげた取引規制面での規範定立の充実も、将来の課題である。したがって、

このような作業をぬきにして、第二期理論の法思想的基礎の批判にとどまることは、解釈学の領域では、なお充分な意味をもちえないであろう。

第三期諸理論は、まさにこのような作業をおしすすめようとしたものと理解されるのであり、またこのように理解することによって、はじめてその統一的な意味と特徴とを把握することが可能となるであろう。

もちろん、団体法思想と共同所有論の分離は、現代社会の厳密な分析を基礎とする、所有権社会化等の構想を無用にするわけではない。たとえば土地公有理論の展開はこれを意味するものである。<sup>(24)</sup>しかし、そのためにも、団体法思想と共同所有制度の関連を、もう一度見直してみることに、今後の作業の出発点として必要となるのである。

いずれにしても、共同所有論は、いま、従来と異なる様相をもって、われわれの前にあらたな問題を提示しつつあるといわねばならない。

(21) 歴史法学の性格の分析として、河野・前掲書、戒能通孝「サヴィニー」法律思想家評伝所収など。

(22) たとえば、土地が市町村有となった場合の、入会権維持のための理論構成がこれを示す。

(23) 星野・前掲書三〇七頁、三〇八頁。

(24) 土地公有の問題につき、椎名重明編・土地公有の史的研究。椎名教授はそのうちで、公有と共同所有との関係を検討されている（同書一〇頁以下）。なお、日本土地法学会・ヨーロッパ・近代日本の所有観念と土地公有論。